

---

**Datum:** 26.05.2017  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 16. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 16 U 61/16  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2017:0526.16U61.16.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Düsseldorf, 5 O 176/13

---

**Tenor:**

Die Berufung des Klägers gegen das am 22.03.2016 verkündete Schlussurteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf – 5 O 176/13 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

**Gründe**

**I.**

Die Parteien streiten auf der letzten Stufe einer Stufenklage über die Zahlung eines Handelsvertreterausgleichs sowie eines Schadensersatzes wegen einer außerordentlichen Kündigung des Vertragsverhältnisses.

1

2

3

4

Der Kläger war für die A... und im Anschluss daran für die Beklagte als deren Rechtsnachfolgerin insgesamt vom 01.04.1969 bis zum 22.05.2012 als Handelsvertreter zur Vermittlung von Versicherungen tätig. Am 01.04.1969 begann der Kläger zunächst im Nebenberuf seine Tätigkeit als Handelsvertreter für die A... Im Hauptberuf war der Kläger in der Stahlindustrie im Bereich der Endfertigung tätig. Seit dem Jahr 1991 bestand die ausschließliche Tätigkeit des Klägers in der Vermittlung von Versicherungen für die A... bzw. die Beklagte. Am 28.11.1994 schloss der Kläger mit der A... einen mit Agenturvertrag für nebenberufliche Agenturinhaber überschriebenen Vertrag zum 01.01.1995, wobei zwischen den Parteien streitig ist, ob der Kläger ab diesem Zeitpunkt tatsächlich nur noch im Nebenberuf tätig war. Wegen des Inhalts des Vertrages wird auf die Anlage C2 Bezug genommen. Mit Schreiben vom 21.02.2012 teilte die Beklagte dem Kläger mit, die mit dem Kläger geschlossene Folgevereinbarung vom 11.08.2010 lösen zu wollen und den Bestand des Klägers ab dem 01.03.2012 in eine neue Betreuung zu übertragen. Zudem erklärte sie, dass der Kläger ab dem 01.03.2012 weiter nebenberuflich mit seiner Agentur tätig sein dürfe. Ende 2000 betrug der Bestand des Klägers 514.609,00 Euro, Ende 2003 599.139,00 Euro, Ende 2006 505.609,00 Euro, Ende 2010 410.513,00 Euro und Ende 2011 388.824,00 Euro. Während seiner Tätigkeit, auch ab dem Jahr 1995, gewann der Kläger mehrfach Wettbewerbe der Beklagten, welche für hauptberufliche Vermittler ausgelegt waren. Des Weiteren wurde der Kläger nach der AP Reverse 5 für Hauptagenturen verprovisioniert. Er erhielt jährlich die Vertriebsziele für hauptberufliche Vermittler sowie monatlich Provisionsabrechnungen übersandt. Jedenfalls ab dem 01.03.2012 war der Kläger nebenberuflich für die Beklagte tätig.

Die Beklagte unterhielt für den Kläger Altersversorgungen. Zum einen war der Kläger zum Gruppenversicherungsvertrag GV2189999, dort zu den Teilversicherungsnummern 76392 und 20536, versichert. Die Ablaufleistung war bei Vollendung des 65. Lebensjahres des Klägers zur Auszahlung fällig und betrug zu diesem Zeitpunkt insgesamt 26.414,48 Euro. Da der Kläger auch über das 65. Lebensjahr hinaus in der Agenturführung tätig sein sollte und tätig war, wurde die Ablaufleistung, entsprechend einer Vereinbarung der Parteien, auf ein auf den Kläger lautendes Sparkonto gezahlt, das zunächst zugunsten der A... gesperrt war. Nachdem der Kläger der Beklagten nach Beendigung der Tätigkeit den von ihm verwalteten Versicherungsbestand zur Verfügung gestellt hatte, ließ die Beklagte, als Rechtsnachfolgerin der A..., am 13.04.2012 das Sparguthaben entsperren. Zum anderen erhielt der Kläger aus einer von der Beklagten finanzierten Altersversorgung mit Vollendung des 65. Lebensjahres einen kapitalisierten Betrag zum Ausgleich für die Anwartschaft auf Witwenrente in Höhe von 1.368,63 Euro. Des Weiteren erhält der Kläger seit Vollendung des 65. Lebensjahres eine monatliche Rente, deren Kapitalwert sich per 06.08.2004 auf 8.490,82 Euro belief.

Nachdem der Kläger bei der Beklagten einen Versicherungsantrag auf Abschluss einer Lebensversicherung (LV450073619) einreichte, der ohne Angabe eines Vertretungsverhältnisses mit dem Namen des Herrn B... unterschrieben war, tatsächlich aber durch den Herrn C... unterzeichnet worden war, kündigte die Beklagte mit Kündigungsschreiben vom 21.05.2012, zugegangen am 22.05.2012, das mit dem Kläger zu diesem Zeitpunkt bestehende Agenturverhältnis außerordentlich mit sofortiger Wirkung, hilfsweise fristgerecht zum nächsten zulässigen Termin und forderte ihn zur Herausgabe sämtlichen in seinem Besitz befindlichem Material auf. Die Kündigung wurde seitens des Klägers als unberechtigt zurückgewiesen. Ab dem Zeitpunkt der Kündigung konnte der Kläger keine Versicherungen mehr für die Beklagte vermitteln.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 15.11.2012 beehrte der Kläger die Zahlung von Schadensersatz wegen unberechtigter Kündigung, sowie eines Ausgleichbetrags, berechnet

5

6

7

auf Basis der Methode IHK D..., und die Erteilung eines Buchauszugs. Die Beklagte verweigerte die klägerseits geltend gemachten Forderungen mit Schreiben vom 16.11.2012.

Mit am 17.06.2014 verkündeten Teilurteil, auf das hinsichtlich der näheren Einzelheiten verwiesen wird, hat das Landgericht die Beklagte im Rahmen der eingelegten Stufenklage auf 1. Stufe unter Klageabweisung im Übrigen verurteilt, dem Kläger einen Buchauszug zu erteilen, der sich auf alle von dem Kläger in der Zeit vom 01.01.2012 bis zum 22.05.2012 vermittelten und mitvermittelten Versicherungsverträge, bei welchen während der Tätigkeit des Klägers Abschluss-, Bestandspflege-, Dynamik- und sonstige Provisionen fällig geworden sind, erstreckt und der für die einzelnen Verträge besondere Angaben erhält, die im Teilurteil näher bezeichnet sind. Weiterhin hat das Gericht die Beklagte verurteilt, dem Kläger Auskunft darüber zu erteilen, zu welchem Anteil sich seine Provisionen für die Jahre 2010 und 2011 in die im Teilurteil näher bezeichneten Versicherungen aufgliedern. Im Übrigen hat das Gericht die Klage abgewiesen. Die Beklagte hat dem Kläger daraufhin einen Buchauszug erteilt.

8

Nach Erteilung von Buchauszug und Auskunft hat der Kläger im Verfahren der letzten Stufe die Ansicht vertreten, die Höhe des Ausgleichsanspruchs sei entsprechend der im Schriftsatz vom 03.08.2015 näher dargelegten Rechenschritte zu errechnen. Hiernach ergebe sich ein Ausgleichsanspruch in Höhe von 59.852,01 Euro. Er hat ferner behauptet, die von der Beklagten eingezahlten Versicherungsbeträge seien aus den von ihm verdienten Provisionen gezahlt worden und demnach nicht durch die Beklagte finanziert worden. Sie seien nicht auf den Ausgleichsanspruch anzurechnen. Er hat zudem die Ansicht vertreten, die außerordentliche Kündigung sei unberechtigt erfolgt. Hierzu hat er behauptet, Herr C... habe ihm gegenüber mitgeteilt, dass er mit seinem Bruder, Herrn B..., besprochen habe, dass Versicherungsnehmer Herr B... sein sollte und die versicherte Person Herr C.... Er habe daraufhin dem Herrn C... gegenüber erklärt, dass er auf dem Formular vermerken sollte, dass er für seinen Bruder in Vollmacht unterzeichnet habe. Nach Unterzeichnung des Vertrages habe er den Vertrag nicht mehr kontrolliert.

9

Demgegenüber hat die Beklagte die Ansicht vertreten dem Kläger stünde ein Ausgleichsanspruch nicht zu, weil er nur im Nebenberuf für sie tätig geworden sei. Unabhängig davon sei die Berechnung des Ausgleichsanspruches nicht nachvollziehbar. Daher habe sie eine konkrete Berechnung des geltend gemachten Anspruches entsprechend der sogenannten „Grundsätze für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs“ nach § 89b HGB des E..., die F..., und der G..., vorgenommen und sei zu einem Anspruch in Höhe von 36.946,75 Euro gekommen.

10

Wegen des weiteren erstinstanzlichen Vorbringens wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ergänzend auf die tatsächlichen Feststellungen des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen.

11

Das Landgericht hat die Beklagte durch Schlussurteil vom 22.03.2016 lediglich zur Zahlung eines Ausgleiches in Höhe von 672,82 EUR verurteilt, den weitergehenden Ausgleichsanspruch und den geltend gemachten Schadensersatzanspruch sowie den Anspruch auf Ausgleich vorgerichtlicher Kosten aber abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

12

Der Kläger habe nach Beendigung des Versicherungsverhältnisses einen Ausgleichsanspruch gemäß § 89b Abs. 1, Abs. 5 HGB in Höhe von 672,82 Euro. Dieser sei nicht gemäß §§ 92b Abs. 1 S. 1, Abs. 5 HGB ausgeschlossen, da der Kläger bis zum 28.02.2012 im Hauptberuf für die Beklagte tätig gewesen sei. Zwischen den Parteien sei, unter der Prämisse der hauptberuflichen Tätigkeit des Klägers bis zum 28.02.2012, unstreitig,

13

dass dem Kläger, bei Außerachtlassung der dem Kläger gewährten Altersversorgung, ein Ausgleichsanspruch in Höhe von zumindest 36.946,75 Euro zustünde. Diesen Betrag habe die Beklagte auf Basis der „Grundsätze für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs“ nach § 89b HGB des E..., die F..., und der G... – rechnerisch zutreffend und von dem Kläger insoweit nicht beanstandet – berechnet. Die Grundsätze böten wichtige Erfahrungswerte, die bei der Schätzung nach § 287 ZPO berücksichtigt werden können. Der Kläger habe einen weiteren, über den von der Beklagten errechneten hinausgehenden Anspruch, nicht hinreichend schlüssig und substantiiert vorgetragen. Auf die durch die Beklagte mit Schriftsatz vom 23.12.2015 aufgezeigten Unklarheiten in der Berechnung des Klägers, habe der Kläger nicht erheblich erwidert. Er habe sich nicht dazu geäußert, wieso er nicht zur Bestimmung des Ausgangswertes mit der tatsächlich anzusetzenden Betreuungs- und Verwaltungsprovision gerechnet habe, wie sie in dem Statistiksystem IS790 erhoben würden, sondern mit einer durchschnittlichen Provision der letzten fünf Jahre. Auch sei er nicht auf die von der Beklagten aufgezeigte Unklarheit eingegangen, ob er bei Zugrundelegung der durchschnittlichen Betreuungs- und Verwaltungsprovision auch die Kraftfahr- und/oder die Transportversicherung mit eingerechnet habe, bei der, entsprechend der „Grundsätze für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs“ nach § 89b HGB andere Rechenwege einzuschlagen seien. Der Kläger habe lediglich für die Richtigkeit seiner Berechnungsmethode Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens angeboten. Der Beweiserhebung habe es aber nicht bedurft, da der Vortrag des Klägers durch den erheblichen Gegenvortrag der Beklagten unsubstantiiert geworden sei. Die von der Beklagten an den Kläger geleisteten Beträge zur Altersversorgung in Höhe von insgesamt 36.273,93 Euro seien auf den Ausgleichsanspruch nach Billigkeitsgesichtspunkten anzurechnen.

Dem Kläger stehe gegen die Beklagte kein Schadensersatzanspruch in Höhe von 15.284,97 Euro zu. Es habe nicht festgestellt werden können, dass die Kündigung unberechtigt erfolgt sei. Der Kläger habe keinen Beweis für den streitigen Tatsachenvortrag im Hinblick auf die Umstände der Unterzeichnung des Lebensversicherungsvertrages durch den Herrn C... angetreten. Überdies bestehe der Anspruch auch der Höhe nach nicht. Da der Kläger im Zeitpunkt der Kündigung unstrittig nur noch im Nebenberuf für die Beklagte tätig gewesen sei, habe die Beklagte das Vertragsverhältnis gemäß § 92b Abs. 1 S. 2 HGB mit einer Frist von einem Monat für den Schluss eines Kalendermonats kündigen können, was sie hilfsweise auch getan habe. Ein Schadensersatzanspruch des Klägers wäre allenfalls in Höhe von bis zum 30.06.2012 hypothetisch verdienten Provisionen entstanden. 14

Hinsichtlich der geltend gemachten außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten sei die Klage nicht schlüssig. Der Kläger habe einen Verzugsschaden nicht dargelegt. Vielmehr habe der Kläger die Beklagte erst durch das anwaltliche und kostenauslösende Schreiben vom 15.11.2012 in Verzug gesetzt. 15

Ergänzend wird auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung (GA 369-373) Bezug genommen. 16

Gegen dieses Urteil hat der Kläger form- und fristgerecht Berufung eingelegt, mit der er sein erstinstanzliches Ziel vollumfänglich weiter verfolgt. 17

Der Kläger vertritt die Ansicht, die Berechnung seines Ausgleichsanspruches, die er nochmals wiederholt, sei in ausreichender Weise erfolgt. Er habe unterteilt nach Sparten sämtliche Grundlagen dargelegt und auch vorgerechnet, wie sich nach seiner Ansicht der errechnete Ausgleichsanspruch von 59.852,03 EUR ergebe. Unter Zugrundelegung der tatsächlichen Bestandszahlen und der Tätigkeitsdauer des Klägers wäre es einem Versicherungsmathematiker als Sachverständigen möglich gewesen, die Berechnung auf ihre 18

Richtigkeit hin zu überprüfen. Eine Anrechnung der Altersvorsorge habe nicht erfolgen dürfen. Eine Anrechnungsklausel verstoße bereits gegen § 89 Abs. 4 HGB, da der Vertreter nicht während der Vertragslaufzeit wirksam auf seinen Ausgleichsanspruch verzichten oder diesen beschneiden könne. Eine Berücksichtigung der Altersversorgungsansprüche im Rahmen von Billigkeitserwägungen könne ebenfalls hier nicht stattfinden. Eine dafür erforderliche „funktionelle Verwandtschaft“ sei insbesondere in dem vorliegenden Fall nicht gegeben. Während der Vertreter über eine Barabfindung frei verfügen könne, werde dem Versicherungsvertreter bei gewährter Vorsorge eine bestimmte Verwendung der Alterssicherung aufgedrängt. Hinzu komme, dass der Renteneintritt unstreitig mit Eintritt des 65. Lebensjahres des Klägers entstanden sei. Dieses habe der Kläger bereits am 06.08.2004 erreicht. Der Zeitraum für die Bemessung der Ausgleichswerte erstrecke sich von 2007 bis 2012, also einen Zeitraum der viele Jahre nach dem Eintritt des Rentenanspruches liege. Die Prognosejahre für die Berechnung des Ausgleichsanspruches des Klägers lägen zeitlich nach dem Eintritt und der Fälligkeit des Rentenanspruches und hätten deshalb wegen der zeitlichen Zäsur nichts miteinander zu tun. Für einen funktionalen Zusammenhang müssten die Beiträge zur Alterssicherung zeitgleich über den gesamten zeitlichen Tätigkeitszeitraum des Handelsvertreters gezahlt werden um anstelle des Handelsvertreterausgleichs angerechnet werden zu können. Dies sei hier nicht geschehen, da die Alterssicherung nur bis zum 31.08.2014 eingezahlt worden sei. Für die Zeit danach könne kein funktionaler Zusammenhang mehr festgestellt werden. Darüber hinaus sei die Möglichkeit der Anrechnung der Altersvorsorge auf den Ausgleichsanspruch verjährt. Bei der Anrechnung der Rentenansprüche handele es sich rechtlich um eine Aufrechnung. Der Anspruch auf Auszahlung der Rentenansprüche sei mit Vollendung des 65. Lebensjahres im Jahre 2004 fällig geworden, jedoch nie geltend gemacht worden. Der Ausgleichsanspruch des Klägers sei erst mit Beendigung des Vertragsverhältnisses des Klägers 2012 fällig geworden, so dass sich diese Ansprüche nie in unverjährter Zeit gegenüber gestanden hätten.

Ihm stünde auch ein Schadensersatzanspruch zu. Das Landgericht habe fehlerhaft nicht gemäß § 139 ZPO darauf hingewiesen, dass ein Beweisantritt zur nicht berechtigten Kündigung fehle und sich der Beweisantritt insbesondere nicht auf den Tatsachenvortrag hinsichtlich der Unterschrift durch Herrn C... verhalte. Wäre der Hinweis erfolgt, hätte er Beweis durch Vernehmung des Herrn C... für seine Behauptung angeboten, dass B... mit seinem Bruder besprochen habe, dass Versicherungsnehmer Herr B... sein sollte und versicherte Person er selbst, d.h. C... sein sollte und er, C..., den Vertrag mit seiner Unterschrift für Herrn B... hätte abschließen dürfen. Ferner habe er Herrn C... darauf hingewiesen, dass bei diesem Konstrukt der Versicherung für fremde Hand im Lebensversicherungsbereich Herr C... auf dem Formular vermerken müsse, dass er in Vollmacht seines Bruders unterzeichne.

19

Er habe den Vertrag nicht mehr kontrolliert und eingereicht, die Umstände aber mit dem für ihn zuständigen Inspektor der Beklagten, Herrn H... besprochen. Er ist darüber hinaus der Ansicht, dass es durch diesen Vorfall zu keinem Vermögensschaden der Beklagten gekommen sei. Der Vertrag sei nicht zustande gekommen. Provision habe sie nicht bezahlen müssen. Im Übrigen unterhalte die Beklagte für solche Fälle eine AP-Reserve, die sie hätte gegenrechnen können. Das Konstrukt der AP-Reserve werde von Versicherungsgesellschaften gewählt, damit es für Versicherungsvertreter keinen Sinn mache Scheinverträge zu schließen. Das von der Beklagten vorgelegt Schreiben des Herrn B... habe dieser nicht geschrieben, sondern sei von der Beklagten vorgefertigt worden. Ihm sei mitgeteilt worden, dass er ein entsprechendes Schreiben unterzeichnen müsse, um aus dem Vertrag herauszukommen. Herr B... habe lediglich mitgeteilt, er wolle den Vertrag nicht abschließen und an diesem nicht festhalten.

20

Schließlich habe das Landgericht nicht berücksichtigt, dass die formelle Wirksamkeit des Kündigungsschreibens ebenfalls in Abrede gestellt worden sei. Das Kündigungsschreiben sei von einem Leiter der Bezirksdirektion, Herrn I..., unterzeichnet worden. Dieser sei dazu nicht bevollmächtigt. Das Landgericht habe ihn auch nicht darauf hingewiesen, dass er die Beweislast für die Unwirksamkeit der Kündigung trage, obwohl das Kündigungsschreiben nicht begründet worden sei.	21
Hinsichtlich der Höhe des Schadensersatzanspruches habe das Landgericht verkannt, dass er zum Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung vom 21.05.2012 zwar nur noch im nebenberuflichen Vertragsverhältnis angestellt gewesen sei, jedoch sei hier zu berücksichtigen, dass ohne Vertragsbeendigung des Hauptvertrages am 21.02.2012 eine Umstellung auf eine nebenberufliche Agentur stattgefunden habe. Dies könne nicht zu einer Umgehung der Mindestkündigungsfrist nach § 89 HGB führen, so dass sein Vertragsverhältnis erst mit Ablauf des 31.08.2012 und nicht bereits zum 30.06.2012 geendet habe. Der Höhe nach beziffere er den Anspruch nunmehr aus einem Vergleich mit dem vorangegangenen Jahr als Prognosejahr. Im Jahr 2011 habe er ausweislich des Schreibens der Beklagten vom 21.03.2012 eine Vergütung von 27.994,93 EUR erwirtschaftet. Hinzu seien Wettbewerbspreise in Höhe von 1.018,00 EUR und 1.157,00 EUR gekommen, so dass sich ein erwirtschafteter Anspruch in Höhe von 30.169,93 EUR ergebe. Für die Zeit vom 22.05. bis zum 31.08.2012 ergebe sich danach ein Schadensersatzanspruch von 8.431,32 EUR (30.169,93 EUR : 365 Tage = 82,66 EUR x 102 Tage).	22
Der Kläger beantragt,	23
unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils	24
1.	25
den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung an eine andere Kammer des Landgerichts Düsseldorf zurückzuverweisen.	26
hilfsweise	27
2.	28
die Beklagte zu verurteilen, an ihn einen Handelsvertreterausgleich in Höhe von 59.852,03 Euro zu zahlen,	29
3.	30
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 8.431,32 Euro Schadensersatz nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.12.2012 zu zahlen,	31
die Beklagte zu verurteilen, an ihn die ihm entstandenen außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.641,96 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.	32
Die Beklagte beantragt,	33
die Berufung zurückzuweisen.	34
Die Beklagte verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags die erstinstanzliche Entscheidung. Sie vertritt die Ansicht, die Berufung sei bereits unzulässig,	35

da sie sich nicht im Einzelnen mit den Überlegungen des Urteils auseinandersetze, sondern lediglich das Vorbringen aus erster Instanz wortgleich wiederhole. Im Übrigen sei die Berufung auch unbegründet. Sie weist nochmals darauf hin, dass dem Kläger als nebenberuflichem Vermittler schon kein Anspruch auf Ausgleich zustehe. Es sei zwar richtig, dass es sich nach der Verkehrsauffassung richte, ob ein Vermittler haupt- oder nebenberuflicher Vertreter sei. Der von der Kammer zitierten Entscheidung habe jedoch ein anderer Fall zugrunde gelegen. Der Kläger sei bereits 20 Jahre nebenberuflicher Agenturpartner gewesen, bevor er sich 1991 entschlossen habe, hauptberuflicher Agentur Partner zu werden. 1995 habe er dann bewusst zurück in den nebenberuflichen Status gewechselt. Er habe zu keiner Zeit vorgetragen, dass die Beklagte Einfluss auf seine Entscheidung genommen habe. Zu den Hintergründen seiner Statuswechsel, die er immer in Eigeninitiative vorgenommen habe, habe der Kläger an keiner Stelle vorgetragen. Er müsse sich an der Urkundenlage festhalten lassen. Im Übrigen sei ihm berechtigterweise fristlos gekündigt worden, so dass ihm auch insoweit kein Ausgleichsanspruch zustehe. In Bezug auf die Anrechnung der Alterssicherung auf den Ausgleichsanspruch sei zu bemerken, dass dem Kläger die Teilnahme an der Altersvorsorge nicht aufgedrängt worden sei, sondern der Kläger freiwillig daran teilgenommen habe. Er sei nicht dazu verpflichtet gewesen. Der funktionale Zusammenhang bestehe unabhängig davon, ob ein Vermittler bei Vollendung des 65. Lebensjahres und darüber hinaus noch „aktiv“ gewesen sei oder nicht. Dies unterliege seiner freien Entscheidung. Wenn er sich entscheide weiterzuarbeiten, könnte er dies der Anrechnung nicht entgegenhalten. Im Übrigen beziehe der Kläger Rente aus seiner Hauptberufler-Altersversorgung bereits seit Vollendung des 65. Lebensjahres. Zudem habe er sich die Anwartschaft für die Witwenrente im Jahre 2004 kapitalisiert auszahlen lassen. Sowohl den rechnerischen Ausgleich zu erhalten wie auch die Alterssicherung kollidiere mit dem Grundgedanken des § 89 b HGB. Entgegen der Ansicht des Klägers gehe es bei der Anrechnung der Altersvorsorge nicht um eine Aufrechnung. Vielmehr entstehe der Ausgleichsanspruch eines Vermittlers nur in den Grenzen der Billigkeit und lasse einen Ausgleichsanspruch von vorneherein nicht entstehen, wenn in Folge der vom Prinzipal finanzierten Altersversorgung die Zahlung des rechnerisch ermittelten Ausgleichs auf eine unzulässige Doppelbelastung des Prinzipals hinauslaufe. Ein Schadenersatzanspruch des Klägers bestehe nicht. Der neue Beweisantritt des Klägers in seiner Berufungsbegründung sei gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht verwertbar. Hinweispflichten habe das Landgericht nicht verletzt. Ergänzend weist sie darauf hin, dass sie keine so genannte AP-Reserve unterhalten habe und diese zum anderen eine Schmälerung durch einen Vorgang wie den in Rede stehenden ebenso zum Abfluss von Mitteln geführt hätte, die anderweitig zur Verfügung gestanden hätten.

Herr I... sei im Übrigen zur Kündigung bevollmächtigt gewesen. Darüber hinaus sei die Befugnis zum Ausspruch der Kündigung erstinstanzlich nicht im Streit gewesen. Der Kläger habe wegen der ordentlichen Kündigung seinen Ausgleichsanspruch darauf gestützt. Diese wäre bei fehlender Vollmacht auch ungültig gewesen. 36

Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Parteivorbringens wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. 37

**II.** 38

Die Berufung ist zulässig, in der Sache aber nicht begründet. 39

Das angefochtene Urteil des Landgerichts Düsseldorf beruht im Ergebnis weder auf einer Rechtsverletzung noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung. 40

A.	41
Der Kläger hat weder einen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung eines über den bereits ausgeteilten Betrag hinausgehenden Ausgleichsanspruchs gemäß § 89 b Abs. 1, Abs. 5 i.V. m § 92 Abs. 2 HGB noch auf Zahlung von Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 1, 281 BGB.	42
I. Ausgleichsanspruch	43
Der Kläger hat nach Beendigung des Versicherungsverhältnisses einen Ausgleichsanspruch nach § 89 b Abs. 1, Abs. 5 i.V. m § 92 Abs. 2 HGB in der geltend gemachten Höhe nicht schlüssig vorgetragen.	44
1.	45
Unstreitig war der Kläger als Versicherungsvertreter im Sinne des § 92 Abs. 1 HGB für die Beklagte tätig. Entgegen der Ausführungen des Landgerichts geht der Senat davon aus, dass der Kläger nicht im Hauptberuf sondern im Nebenberuf für die Beklagte tätig gewesen ist, so dass die Anwendung des § 89 b HGB nach § 92b Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 HGB ausgeschlossen ist und ein Anspruch auf Ausgleich - ungeachtet der weiteren, im Folgenden dargestellten Ausschlussgründe - bereits aus diesem Grunde nicht besteht.	46
a)	47
Der Senat ist nach den gegenteiligen Ausführungen des Landgerichts im rechtskräftigen Urteil vom 17.06.2014 über die Erteilung des Buchauszuges und der Auskünfte nicht gehindert, in Bezug auf die Einordnung des Klägers als Versicherungsvertreter im Hauptberuf oder im Nebenberuf eine vom Landgericht abweichende Bewertung vorzunehmen. Bei der Frage, ob es sich bei dem Vertragsverhältnis der Parteien ein hauptberufliches oder ein nebenberufliches Versicherungsverhältnis ist, handelt es sich um eine Vorfrage im Rahmen der eingelegten Stufenklage, die nicht in Rechtskraft erwächst und keine Bindungswirkung entfaltet (BGH, Urteil vom 16.06.2010 – VIII ZR 62/09 – juris Rn. 22, 24; Vollkommer in Zöller, ZPO, 31. Aufl., vor § 322 ZPO RN 28 und § 322 ZPO Rn 13).	48
b)	49
Entgegen den Ausführungen des Klägers in der mündlichen Verhandlung vom 14.05.2017 ist der Senat nicht gehalten gewesen, den Kläger darauf hinzuweisen, dass sein Tatsachenvortrag zur Annahme einer hauptberuflichen Tätigkeit nicht ausreichend gewesen ist.	50
Zwar darf nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine in erster Instanz siegreiche Partei darauf vertrauen, von dem Berufungsgericht rechtzeitig einen Hinweis zu erhalten, wenn dieses in einem entscheidungserheblichen Punkt der Beurteilung der Vorinstanz nicht folgen will und auf Grund seiner abweichenden Ansicht eine Ergänzung des Vorbringens oder einen Beweisantritt für erforderlich hält (BGH, Beschluss vom 16. September 2015 – V ZR 8/15 –, juris Rn 6; Beschluss vom 4. Juli 2013 - V ZR 151/12, NJW-RR 2014, 177 Rn. 8; BGH, Beschluss vom 14. März 2006 - IV ZR 32/05, NJW-RR 2006, 937 Rn. 4). Die siegreiche Partei darf darauf vertrauen, dass sie das Berufungsgericht, wenn es in der tatsächlichen oder rechtlichen Würdigung dem Erstrichter nicht folgen will, auf seine von dem erstinstanzlichen Gericht abweichende Beurteilung hinweist und zwar so, dass noch rechtzeitig vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung reagiert werden kann (BGH,	51

Beschluss vom 16. September 2015 – V ZR 8/15 –, juris Rn 6; Beschluss vom 4. Juli 2013 - V ZR 151/12, aaO; BVerfG, NJW 2003, 2524). Die Parteien müssen Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen können; sie dürfen nicht gehindert sein, ihren Sachvortrag zu ergänzen (BGH, Beschluss vom 16. September 2015 – V ZR 8/15 –, juris Rn 6, Beschluss vom 4. Juli 2013 - V ZR 151/12). Allerdings bedarf es regelmäßig keines richterlichen Hinweises, wenn die Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts als zentraler Streitpunkt im Berufungsrechtszug zur Überprüfung gestellt wird und das Berufungsgericht sich sodann der Auffassung der des Gegners anschließt. Denn in diesem Fall muss die in erster Instanz erfolgreiche Partei von vornherein damit rechnen, dass das Berufungsgericht anderer Auffassung ist. Seine dementsprechende Entscheidung kann im Grundsatz nicht überraschend sein ( BGH, Beschluss vom 16. September 2015 – V ZR 8/15 –, juris Rn 10; Urteil vom 21. Oktober 2005 - V ZR 169/04, NJW-RR 2006, 235 Rn. 8; BGH, Urteil vom 19. August 2010 - VII ZR 113/09, NJW 2010, 3089 Rn. 18; Urteil vom 10. Juli 2012 - II ZR 212/10, NJW 2012, 3035 Rn. 7). So liegt der Fall hier. Die Beklagte hat erstinstanzlich stets darauf hingewiesen, dass der Kläger seit Abschluss des Agenturvertrages vom 28.11.1994 lediglich im Nebenberuf für sie tätig geworden ist und nicht hauptberuflich. Bereits in der Klageerwiderung hat sie eine Ausgleichspflicht als erstes mit dem Argument verneint, der Kläger sei nur nebenberuflicher Agenturpartner gewesen. Ihre Argumentation hat sie mit Unterlagen und einem Beweisantritt unterlegt. Auch ihre Duplik nimmt wiederum ausführlich zu dieser Problematik Stellung, um die gegenteilige Argumentation des Klägers zu widerlegen. Die folgenden Schriftsätze befassen sich zudem alle mit diesem Thema. Auch auf einen offensichtlich in der mündlichen Verhandlung des Landgerichts vom 18.03.2014 erteilten Hinweis, dass es von einer hauptamtlichen Tätigkeit ausgehe, argumentiert die Beklagte mit Schriftsatz vom 06.05.2014 ausführlich gegen diese Rechtsauffassung. Der Tatbestand der erstinstanzlichen Urteile enthält jeweils die Feststellung, dass zwischen den Parteien streitig ist, ob der Kläger nach Abschluss des Agenturvertrages vom 28.11.1994 lediglich im Nebenberuf tätig gewesen ist. Die Beklagte hat die Berufung gegen das Teilurteil des Landgerichts lediglich deshalb nicht durchgeführt, wie selbst im Schriftsatz vom 17.09.2014 ausführt, weil sie den Beschwerdewert nicht für gegeben erachtet habe. Mit der Entscheidung sei sie weder prozessual noch materiell einverstanden. Auch nach Erteilung des Buchauszuges und Fortsetzung des Verfahrens weist die Beklagte in ihrem ersten Schriftsatz vom 03.06.2015 als erstes darauf hin, dass der Kläger aufgrund seiner nebenberuflichen Stellung keinen Ausgleichsanspruch habe. Auch ihre Berufungserwiderung befasst sich als erstes mit dem Thema der nebenberuflichen Tätigkeit des Klägers. Im Hinblick auf den ständig wiederholten gegenteiligen Sachvortrag der Beklagten, der dadurch einen zentralen Streitpunkt in der ersten Instanz ausmachte, konnte der Kläger nicht davon ausgehen, dass dieser für die Beklagte wesentliche Punkt in der Berufungsinstanz keine Rolle spielen würde und das Berufungsgericht sich nicht damit befassen würde und ggf. zu einer anderen Auffassung gelangen könnte.

c)

52

Ob ein Handelsvertreter haupt- oder nebenberuflich tätig ist, bestimmt sich gemäß § 92 b Abs. 3 HGB nach der Verkehrsauffassung. Die für nebenberufliche Handelsvertreter geltenden Einschränkungen nach § 92 b Abs. 1 HGB im Vergleich zu einem hauptamtlichen Handelsvertreter kann der Unternehmer dem Vertreter nur dann entgegenhalten, wenn er diesen ausdrücklich als Handelsvertreter im Nebenberuf mit der Vermittlung oder dem Abschluss von Geschäften betraut hat (§ 92 b Abs. 2 HGB). Dabei kommt es nicht auf die allgemeine Situation sondern auf den Einzelfall an (BGH, Urteil vom 04.11.1998 - VIII ZR 248/97 – juris Rn 18,19; Thume in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl. 2014, § 92b HGB Rn 2; Schürr in Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Vertriebsrechts, 5.

53

Auflage, Bd. 1 Kap. I Rn 231; Emde in Staub HGB Großkommentar, 5. Auflage, § 92 b HGB Rn 5). Daher kann eine nebenberufliche Betrauung allein einen Handelsvertreter nicht zu einem nebenberuflichen Handelsvertreter machen, wenn der Handelsvertreter nach der Verkehrsauffassung in Wirklichkeit hauptberuflich tätig ist. Eine im Zeitpunkt des Beginns der vertraglichen Zusammenarbeit erfolgte unzutreffende Betrauung kann somit keine konstitutive Wirkung entfalten und zur Anwendbarkeit der Sondervorschriften des § 92 Abs. 1 HGB führen (Schürr in Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Vertriebsrechts, 5. Auflage, Bd. 1 Kap. I Rn 231). Eine Statusänderung vom nebenberuflichen zum hauptberuflichen Handelsvertreter ist anzuerkennen, wenn die Vertretertätigkeit nach der Verkehrsauffassung einen hauptberuflichen Umfang angenommen hat und das vertretene Unternehmen sich damit stillschweigend einverstanden erklärt hat, indem es die Vermittlungsdienste des Handelsvertreters trotz Kenntnis von der Ausweitung der nebenberuflichen Tätigkeit weiterhin widerspruchslos entgegengenommen hat (BGH, Urteil vom 04.11.1998 - VIII ZR 248/97 – juris Rn 19; Thume in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl. 2014, § 92b HGB Rn 9; Schürr in Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Vertriebsrechts, 5. Auflage, Bd. 1 Kap. I Rn 238). Der nebenberuflich betraute Handelsvertreter, der tatsächlich hauptberuflich tätig war, trägt die Beweislast für die vorliegende Hauptberuflichkeit, wenn er nach der Vertragsbeendigung einen Ausgleichsanspruch geltend macht (Schürr in Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Vertriebsrechts, 5. Auflage, Bd. 1 Kap. I Rn 231 a.E.; Emde in Staub HGB Großkommentar, 5. Auflage, § 92 b HGB Rn 8).

Der Kläger war hier unstreitig ab dem Jahre 1969 zunächst nebenberuflich für die Beklagte tätig und hat dann durch Agenturvertrag mit der Beklagten vom 01.11.1991 bis zum 31.12.1994 in ein hauptamtliches Agenturverhältnis gewechselt. Unstreitig hat der Kläger auf eigenen Wunsch von der Beklagten ab dem 1. Januar 1995 einen schriftlichen Agenturvertrag für nebenberufliche Agenturinhaber erhalten. Die getroffenen Vereinbarungen während der hauptberuflichen Tätigkeit behielten ihre Gültigkeit, dies galt insbesondere für die vereinbarten Provisionen. Der Kläger erhielt nach dem Vertrag trotz der Umstellung auf eine Betrauung mit einer nebenberuflichen Tätigkeit als Vermittler weiterhin seine Provisionen nach der Provisionstabelle Revers 5 für hauptberufliche Vermittler. 54

d) 55

Ob der Kläger entgegen seinem Wunsch und der daraufhin erfolgten schriftlich abgefassten vertraglichen Ausgestaltung durch die Parteien im Jahre 1995 dennoch hauptberuflich für die Beklagte tätig war, bestimmt sich nach der in der Praxis entwickelten sog. „Übergewichtstheorie“. Handelsvertreter im Hauptberuf kann danach nur ein Vermittler sein, der überwiegend als solcher tätig ist und aus dieser Tätigkeit auch den überwiegenden Teil seines Arbeitseinkommens bezieht. Liegen beide Kriterien vor, handelt es sich um einen hauptberuflichen, fehlt nur eines der beiden Kriterien, handelt es sich um einen nebenberuflichen Handelsvertreter (Thume in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl. 2014, § 92b HGB, Rn. 2; Schürr in Küstner/Thume I, Kap. I Rn. 204 ff.; Emde in Staub HGB Großkommentar, 5. Auflage, § 92 b HGB Rn 5). Die bedeutendsten Abgrenzungsmerkmale zwischen haupt- und nebenamtlicher Vertretertätigkeit liegen im Zweifel im Zeit- und Entgeltmoment, wobei die Bedeutung des Zeitelements eher überwiegt. Dies zeigt schon der Umstand, dass die Haupttätigkeit überhaupt kein Einkommen zu generieren braucht. Welche Art der Hauptberuf ist, spielt keine Rolle. Die in § 92 b Abs. 3 HGB angesprochene Verkehrsauffassung setzt nicht voraus, dass der Handelsvertreter einen Hauptberuf im Sinne einer Erwerbstätigkeit mit tatsächlichem Ertrag ausübt. Jede Tätigkeit, die dem Handelsvertreter fremd ist, ohne schuldrechtliche Verpflichtung genügt. Übernimmt ein Student, eine Hausfrau, ein Beamter oder ein Rentner eine Vertretung, um sich zu den 56

sonstigen verfügbaren Mitteln („Monatswechsel“, Wirtschaftsgeld, Rente) oder nach Dienstschluss noch eine kleine Nebeneinnahme hinzuverdienen, dann soll eine Vertretung im Nebenberuf vorliegen; wobei es beim Rentner wegen des fehlenden Hauptberufes vor allem auf das Verhältnis des Ertrags aus der Handelsvertreter-Tätigkeit zur Höhe der Pension ankommen dürfte (Emde, Großkomm. HGB, § 92b, Rn. 6).

Ausgehend von diesen Abgrenzungskriterien kann eine hauptberufliche Tätigkeit des Klägers entgegen der ausdrücklich erfolgten schriftlichen abgefassten Betrauung mit nebenberuflichen Handelsvertretertätigkeiten nicht festgestellt werden. Der darlegungs- und beweisbelastete Kläger hat nicht ansatzweise vorgetragen, in welchem zeitlichen Rahmen er für die Beklagte tätig gewesen ist, ob er z.B. wie in dem vom BGH entschiedenen Fall (Urteil vom 04.11.1998 - VIII ZR 248/97 –) ein Kundendienstbüro mit festen Bürozeiten und einer festgelegten Erreichbarkeit für seine Klienten betrieben hat. Art und Ausmaß seiner Tätigkeit für die Beklagte werden nicht näher beschrieben. Darüber hinaus ist nicht bekannt, ob und wenn ja welche weitere Tätigkeit der Kläger ausgeübt hat bzw. nicht hat. Ab dem Jahr 2004 war der Kläger nach Vollendung des 65. Lebensjahres zumindest Rentner. Auch zum Verhältnis seiner Einkünfte aus seiner Tätigkeit als Handelsvertreter und seinen sonstigen Einkünften hat der Kläger keine Auskunft gegeben. Die von ihm angeführte Tatsache, dass er trotz Umstellung auf eine nebenberufliche Tätigkeit im Jahre 1995 weiterhin wie zu seinen Zeiten als hauptberuflicher Handelsvertreter nach der Provisionstabelle Revers 5 verprovisioniert wurde, vermag eine hauptberufliche Tätigkeit nicht zu begründen, da er dies bei seinem Wechsel in die nebenberufliche Tätigkeit, wie das Schreiben der Beklagten vom 29.11.1994 (Anlage C 3) zeigt, vertraglich ausbedungen hat und auch nebenberuflich tätige Handelsvertreter sehr erfolgreich agieren können. Die Schreiben der Beklagten hinsichtlich der Verlängerung der Tätigkeit des Beklagten vom 20.08.2004, 05.09.2005, 21.06.2006, 16.07.2009, 12.07.2010 und 11.08.2010 enthalten allesamt keinen Hinweis auf eine Tätigkeit als Hauptberufler. Sie sind diesbezüglich neutral gefasst. Soweit der Kläger sich auf ein Schreiben der J... vom 26.07.2004 bezieht, aus dem hervorgeht, dass der Kläger zwischenzeitlich eine Rentenzahlung der Beklagten erhielt, die unter dem Konzept „Zukunftssicherung Hauptberufliche Agenturinhaber des A...-Außendienstes“ läuft, lässt dies nicht auf eine hauptberufliche Tätigkeit schließen, da der Kläger in der Zeit vom 01.11.1991 bis zum 31.12.1994 hauptberuflich für die Beklagte tätig war und insoweit an dem Konzept teilgenommen hat. Darüber hinaus hat er auch Rentenansprüche aus der Alterssicherung der nebenberuflichen Vermittler. Der Erhalt von Preisen für seine Tätigkeit in Wettbewerben, die von Hauptberuflern wahrgenommen werden und die Weiterleitung von Schreiben hinsichtlich der Vertriebsziele für hauptberufliche Agenturpartner reichen als Indizien nicht aus, um eine hauptberufliche Tätigkeit des Klägers anzunehmen. Der Umsatz allein ist kein ausreichendes Indiz für eine hauptberufliche Tätigkeit.

2. 58

Auch wenn man eine hauptberufliche Tätigkeit des Klägers unterstellt, ist ein Ausgleichsanspruch gemäß § 89 b Abs. 3 Nr. 2 HGB zu verneinen. Der Anspruch aus § 89 b Abs. 1, Abs. 5 HGB besteht dann nicht, wenn der Unternehmer das Vertragsverhältnis gekündigt hat und für die Kündigung ein wichtiger Grund wegen schuldhaften Handelns des Handelsvertreters vorgelegen hat. Von einem solchen Sachverhalt ist hier auszugehen.

Die Beklagte hat das Vertragsverhältnis mit dem Kläger durch Schreiben vom 21.05.2012 wirksam fristlos gekündigt. 60

a) 61

62

Die Kündigungserklärung entsprach den formellen Voraussetzungen. In der Kündigungserklärung braucht der wichtige Grund, auf den sie gestützt wird, nicht angegeben zu werden (vgl. nur Thume in Küstner/Thume, a.a.O. Kap VIII Rn 190 m.w.N., Hopt in Baumbach/Hopt, HGB 37. Aufl. § 89 a Rn 14). Es genügt, wenn der Kündigungsempfänger durch die Formulierung der Kündigungserklärung darüber Klarheit erhält, dass es sich um eine außerordentliche Kündigung handelt. Die Worte „wichtiger Grund“, „außerordentliche Kündigung“ oder ähnliche Begriffe müssen in der Kündigungserklärung nicht enthalten sein, aber aus dem Inhalt der Erklärung muss sich eindeutig ergeben, dass hier eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund ausgesprochen wurde (Thume in Küstner/Thume, a.a.O. Kap VIII Rn 177, 190). Davon ist hier durch die Verwendung des Wortes fristlos auszugehen, da allgemein bekannt ist, dass die fristlose Kündigung nur aus wichtigem Grund erfolgen kann.

b) 63

Die Kündigung ist auch in Vollmacht der Beklagten ausgesprochen worden. Der Beklagte hat in erster Instanz eine Vertretungsbefugnis des Zeugen I... nicht bestritten und die formelle Wirksamkeit der Kündigungserklärung nicht in Frage gestellt, so dass er nunmehr mit dem Vortrag gemäß § 531 Abs. 2 BGB ausgeschlossen ist. 64

c) 65

Die Beklagte war berechtigt, das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Klägers zu kündigen. Ein wichtiger Grund lag dafür vor. 66

aa) 67

Die Vertragsverletzung des Klägers stellt sich bei wertender Betrachtung aller Umstände des Einzelfalles unter Berücksichtigung der beiderseitigen Parteiinteressen als derart schwerwiegend dar, dass sie einen grundlegenden Vertrauensverlust und ein damit einhergehendes fristloses Kündigungsrecht der Beklagten ohne vorherige Abmahnung begründet. 68

Das Vorbringen des Klägers in der Berufungsinstanz führt zu keiner anderen Beurteilung. 69

(1) 70

Die Wirksamkeit der von der Beklagten erklärten fristlosen Kündigung beurteilt sich nach § 89a HGB, da das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis rechtlich als Handelsvertreterverhältnis zu qualifizieren ist mit der Folge, dass diese Vorschrift § 314 BGB als lex specialis vorgeht (vgl. Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 37. Auflage, § 89a Rn. 1; OLG Saarbrücken, Urteil vom 25. Januar 2006, Az.: 1 U 101/05, zitiert nach juris, Rn. 32), aber ohne wesentliche Unterschiede, da § 314 BGB nur die bisherige Rechtslage kodifiziert, weshalb die Definition des wichtigen Grundes in § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB auch im Rahmen des § 89a Abs. 1 HGB herangezogen werden kann (vgl. Senatsurteil vom 28. September 2012, Az.: I-16 U 124/11, zitiert nach juris, Rn. 18). 71

Die §§ 84 ff. HGB finden auf das vorliegende Vertragsverhältnis Anwendung, weil der Kläger für die Beklagte als Handelsvertreter im Nebenamt tätig war. Auch für den Handelsvertreter im Nebenamt gilt die Vorschrift des § 84 a HGB. 72

(2) 73

74

Gemäß § 89a Abs. 1 Satz 1 HGB kann das Vertragsverhältnis von jedem Teil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden.

(a) Hiernach ist zunächst zu prüfen, ob objektive Tatsachen vorliegen, die an sich geeignet sind, einen wichtigen Grund darzustellen. Ein solcher wichtiger Grund liegt nach der Legaldefinition in § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juni 2011, Az.: VIII ZR 212/08, zitiert nach juris, Rn. 18; Urteil vom 10. November 2010, Az.: VIII ZR 327/09, zitiert nach juris, Rn. 19; Senatsurteile vom 25. Januar 2013, Az.: I-16 U 89/11, vom 28. September 2012, Az.: I-16 U 124/11 - jeweils zitiert nach juris; Löwisch, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Auflage, § 89a Rn. 7 mit zahlreichen weiteren Nachweisen). Die Feststellung, ob ein wichtiger Grund zur Kündigung des Handelsvertretervertrages besteht, erfordert mithin eine doppelte Zumutbarkeitsprüfung: Dem Kündigenden darf es nicht zuzumuten sein, das Vertragsverhältnis überhaupt fortzusetzen und ihm darf es darüber hinaus nicht zumutbar sein, die ordentliche Kündigungsfrist einzuhalten. Dass geringfügige Vertragsverletzungen keinen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung sein können, ergibt sich bereits aus dem auf die Umstände des Einzelfalles bezogenen Begriff des wichtigen Grundes. Diese Einzelfallabwägung hat bei der Frage anzusetzen, ob das Verhalten des Handelsvertreters nach umfassender Würdigung der Gesamtumstände einen so nachhaltigen und endgültigen Vertrauensverlust rechtfertigt, dass dem Unternehmer ein weiteres Festhalten am Vertragsverhältnis bzw. ein Abwarten bis zur nächsten ordentlichen Kündigungsmöglichkeit nicht zumutbar ist. Im Handelsvertreterrecht ist die Beschränkung des Rechts zur außerordentlichen Kündigung auf schwerwiegende Vertragsverletzungen in besonderer Weise geboten, weil das Vorliegen eines wichtigen Kündigungsgrundes wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters gemäß § 89b Abs. 3 Nr. 2 HGB den Verlust des Ausgleichsanspruchs zur Folge haben kann (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 2010, Az.: VIII ZR 327/09, zitiert nach juris, Rn. 24). Abwägungskriterien sind unter anderem Art, Schwere und Dauer der Vertragsverletzung, Vorgeschichte, vermögensrechtliche Folgen für den Gekündigten - auch im Vergleich zur ordentlichen Kündigung -, Art und Dauer der bisherigen Zusammenarbeit der Parteien, die bisherigen Leistungen des Kündigenden und Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses.

75

(aa) Dabei hat sich die Abwägung vor allem am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu orientieren. Wegen des Charakters der außerordentlichen Kündigung als unausweichlich letztes Mittel zur vorzeitigen Vertragsbeendigung und damit als ultima ratio, kann in einem von dem Kündigenden zu beeinflussenden Umstand, besonders in einer Pflichtverletzung, liegender Umstand erst nach einer Abmahnung die fristlose Kündigung rechtfertigen (vgl. BGH, Urteil vom 16. Dezember 1998, Az.: VIII ZR 381/97, NJW-RR 1999, 539 - 540; Senatsurteil vom 17. Dezember 1999, Az.: I-16 U 250/97, zitiert nach juris, Rn. 87; Löwisch, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Auflage, § 89a Rn. 25 ff.; von Hoyningen-Huene, in: Münchener Kommentar, HGB, 5. Auflage, § 89a Rn. 29 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen). Das Abmahnungserfordernis ist nunmehr für die fristlose Kündigung anderer Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund in § 314 Abs. 2 BGB gesetzlich vorgeschrieben. Die vorherige Abmahnung ist nur dann entbehrlich, wenn das Fehlverhalten des Vertragspartners die Vertrauensgrundlage in so schwerwiegender Weise erschüttert hat, dass dies auch durch eine erfolgreiche Abmahnung nicht wiederhergestellt werden könnte (vgl. BGH, Urteil vom 16. Dezember 1998, Az.: VIII ZR 381/97, NJW-RR 1999, 539 - 540; Beschluss vom 21. Februar 2006, Az.: VIII ZR 61/04, NJW-RR 2006, 755 - 756; Senatsurteil vom 28. September 2012, Az.: I-16 U 124/11, zitiert nach juris, Rn. 18).

76

- (bb) Darüber hinaus muss eine außerordentliche Kündigung nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nach Kenntnis des Kündigungsgründe, wenn auch nicht sofort, so doch in angemessener Zeit ausgesprochen werden (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juni 2011, Az.: VIII ZR 212/08, zitiert nach juris, Rn. 18 mit weiteren Nachweisen). Es gilt dabei nicht die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB, denn diese Vorschrift wird durch die speziellere Regelung des § 89a HGB verdrängt und findet auf Handelsvertreterverträge keine Anwendung (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juni 2011, Az.: VIII ZR 212/08, zitiert nach juris, Rn. 18; Urteil vom 15. Dezember 1993, Az.: VIII ZR 157/92, NJW 1994, 722 - 723). Vielmehr ist dem zur Kündigung Berechtigten eine angemessene Überlegungsfrist zuzugestehen, deren Dauer sich nach den Umständen des jeweiligen Falles richtet. Sie ist regelmäßig kürzer als zwei Monate, denn ein zweimonatiges Zuwarten kann in der Regel nicht mehr als angemessene Zeitspanne zur Aufklärung des Sachverhalts und zur Überlegung der hieraus zu ziehenden Folgerungen angesehen werden, weil es darauf hindeutet, dass der Kündigende das beanstandete Ereignis selbst nicht als so schwerwiegend empfunden hat, dass eine weitere Zusammenarbeit mit dem anderen Teil bis zum Ablauf der Frist für eine ordentliche Kündigung unzumutbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juni 2011, Az.: VIII ZR 212/08, zitiert nach juris, Rn. 18; Urteil vom 26. Mai 1999, Az.: VIII ZR 123/98, WM 1999, 1986 - 1987; Urteil vom 15. Dezember 1993, Az.: VIII ZR 157/92, NJW 1994, 722 - 723). 77
- (cc) Die tatsächlichen Voraussetzungen eines wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung sind von demjenigen darzulegen und zu beweisen, der sich auf die Wirksamkeit der Kündigung beruft (vgl. BGH, Urteil vom 16. Dezember 1998, Az.: VIII ZR 381/97, NJW-RR 1999, 539 - 540; Senatsurteil vom 28. September 2012, Az.: I-16 U 124/11, zitiert nach juris, Rn. 18; Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 38. Auflage, § 89a Rn. 11 mit weiteren Nachweisen). 78
- (3) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das Landgericht zu Recht die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund bejaht. 79
- (a) Nach dem zwischen den Parteien unstreitigen Sachverhalt hat der Kläger einen Versicherungsantrag auf Abschluss einer Lebensversicherung (LV450073619) bei der Beklagten eingereicht, der die Unterschrift eines Herrn B... trug, tatsächlich war aber die Unterschrift von Herrn C... geleistet worden, dem Bruder des Herrn B..., was dem Kläger bekannt war. Herr B... teilte der Beklagten auf deren Anfrage mit, dass er diesen Vertrag nicht abschließen wolle und auch nicht an ihm festhalten wolle. Der Beklagten war in Folge der Verwendung eines veralteten Anfragedokuments aufgefallen, dass die Unterschrift des Herrn C... auf dem Lebensversicherungs-Vertrag (LV 450073619) nicht mit früheren Unterschriften übereinstimmte und hatte deswegen nachgefragt. 80
- Soweit der Kläger mit der Berufung rügt, das Landgericht habe den zur Unterzeichnung und Einreichung des Antrags auf Abschluss einer Lebensversicherung führenden Lebenssachverhalt verfahrensfehlerhaft nur unzureichend aufgeklärt, bei korrekter Sachverhaltsfeststellung hätte es den wichtigen Grund verneinen müssen, hat sein diesbezüglicher Vortrag keinen Erfolg. Der Kläger hat für seine Behauptung, die Brüder B... und C... hätten nach seiner Kenntnis ein äußerst gutes Verhältnis gehabt, ihm sei von Herrn C... mitgeteilt worden, dass er es mit seinem Bruder besprochen habe, dass er einen Lebensversicherungsvertrag unterzeichnen solle, der als Versicherungsnehmer Herrn B... und als versicherte Person Herrn C... ausweisen solle, ebenso wenig einen Beweis angetreten wie für die Behauptung, er habe Herrn C... darauf aufmerksam gemacht, dass er auf dem Formular vermerken müsse, dass er in Vollmacht für seinen Bruder unterzeichne. Entgegen der Ansicht des Klägers war das Landgericht nicht gemäß § 139 ZPO verpflichtet, 81

ihn auf den fehlenden Beweisantritt für die Umstände der Unterzeichnung hinzuweisen. Auf die Notwendigkeit der Benennung von Beweismitteln ist nur dann hinzuweisen, wenn sich aus dem übrigen Vorbringen ergibt, dass das Unterbleiben des Beweisantritts auf einem Versehen oder auf einer erkennbar falschen Beurteilung der Rechtslage beruht, z.B. der Beweislast (Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, 31. Aufl. 2016, § 139 ZPO Rn 16 m.w.N.). Dies war hier nicht der Fall. Während des gesamten erstinstanzlichen Verfahrens hindurch bestand ein Streit der Parteien über die genauen Umstände, wie es zur Einreichung der unstreitig gefälschten Unterschrift gekommen ist. Die Beklagte hat bereits in der Klageerwiderung durch Vorlage des von Herrn B... unterzeichneten Schreibens vom 11.05.2012, wonach der Antrag auf Abschluss einer Lebensversicherung ohne sein Wissen unterzeichnet worden, die Unterschrift darunter nicht seine sei und auch eine Beratung nicht stattgefunden habe sowie durch Vorlage des Gesprächsvermerks zwischen dem zudem als Zeugen benannten Herrn I... und dem Kläger substantiiert den Kündigungsgrund dargelegt und unter Beweis gestellt. Danach musste es dem anwaltlich beratenen Kläger klar sein, dass er seine ihm entlastenden, den unstreitigen Vortrag abmildernden Behauptungen zum Zustandekommen der Unterschrift unter Beweis stellen musste. Eines Hinweises des Gerichts bedurfte es angesichts dieses Sachverhalts nicht. Der nunmehr erst in der Berufungsinstanz vorgenommene Beweisantritt durch Vernehmung des Zeugen C... ist gemäß § 531 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Das gleiche gilt für den Beweisantritt für den Vortrag, der Zeuge B... habe das von der Beklagten vorgelegte Schreiben vom 11.05.2012 nicht selbst angefertigt, sondern von der Beklagten vorgefertigt zur Unterschrift vorgelegt bekommen. Sie habe dazu bemerkt, wenn er aus dem Vertrag herauskommen wolle, müsste er ein entsprechendes Schreiben vorlegen. Unabhängig von der Frage, dass dieser Beweisantritt verspätet ist, wird seitens des Klägers nicht bestritten, dass der Zeuge B... von ihm nicht belehrt worden ist und den Vertrag nicht schließen wollte, so dass der von seinem Bruder für ihn unterzeichnete Antrag auf Abschluss einer Lebensversicherung keinesfalls zutreffend war.

Ebenso wenig ist der unter Beweisantritt vorgetragene Sachverhalt des Klägers, er habe den für ihn zuständigen Inspektor der Beklagten, Herrn H... über die Umstände der Antragsunterzeichnung aufgeklärt, zuzulassen. Vielmehr ist dieser Vortrag gemäß § 531 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Der Sachverhalt wurde erstmals in der Berufungsinstanz in das Verfahren eingeführt und lässt zudem jegliche Einzelheiten zum Anlass und zum Zeitpunkt des Gesprächs vermissen. Ein dergestalt substantiiertes Vortrag wäre jedoch angesichts des vorgelegten Vermerks des Herrn I... über das von ihm mit dem Kläger im Beisein der Herren K..., H..., und L... am 16.05.2012 geführte Gespräch notwendig gewesen, da dort gerade vermerkt ist, dass der Kläger keine Gründe für sein Handeln angegeben habe. 82

(b) Durch die Handlungsweise des Klägers ist das für einen Handelsvertretervertrag unumgängliche Vertrauensverhältnis zerstört oder zumindest als nachhaltig erschüttert anzusehen, wenn ein Handelsvertreter dem Unternehmen bewusst einen Vertrag mit gefälschter Unterschrift vorlegt (Emde Großkomm. HGB, 5. Auflage § 89a Rn 27). Ein solcher Vorfall lässt beim Unternehmer ein ernstliches Misstrauen gegen die Zuverlässigkeit des Handelsvertreters aufkommen, wenn insbesondere ein Vertrag, der eine hohe Provision verspricht, wie hier der Antrag auf Abschluss einer Lebensversicherung, eine falsche Unterschrift aufweist. Nach einem solchen Vorfall, der einen schweren Verstoß gegen die Treupflicht zur Beklagten darstellt, lässt aus Sicht der Beklagten ein Unterschieben auch von weiteren Verträgen befürchten. Ein Versicherungsunternehmen muss darauf vertrauen können, dass die vom Versicherungsvertreter vermittelten Versicherungsverträge auf einwandfreie Weise zustande gekommen sind. Es ist für den Ruf eines Versicherungsunternehmens im hohen Maße abträglich, wenn publik wird, dass ein für sie 83

tätiger Versicherungsvertreter es zulässt, dass seine Kunden sich Versicherungsverträge erschleichen, durch Fälschung von Unterschriften. Der Beklagten war es daher nicht zuzumuten, bis zum Ablauf der Frist einer ordentlichen Kündigung, die im vorliegenden Fall, weil der Kläger nur noch im Nebenberuf als Handelsvertreter tätig ist, gemäß § 92 b I 2 HGB 1 Monat betragen hätte, den Kläger weiter zu beschäftigen. Das Verhalten des Klägers war vielmehr derart gravierend, dass das Vertrauen der Beklagten in ein redliches Verhalten des Klägers zerstört war. Auch die Tatsache, dass der Kläger für sich überhaupt keinen wirtschaftlichen Vorteil erzielt hat, macht es für die Beklagte nicht hinnehmbar, dass der Kläger ihr gegenüber das Vorliegen eines ordnungsgemäßen, weil vom Versicherungsnehmer unterschriebenen Versicherungsantrages vorspiegelt.

Zu Gunsten des Klägers ist zwar zu berücksichtigen, dass er gut 40 Jahre für die Beklagte, bzw. deren Rechtsvorgängerin gearbeitet hat, offenbar ohne dass es zu Beanstandungen gekommen ist. Auch diese lange Vertragsdauer führt nicht dazu, dass die Beklagte ein strafrechtlich relevantes Verhalten des Klägers, das im unmittelbaren Zusammenhang mit seinen Vertragspflichten steht, hinnehmen muss und sich nicht sofort von ihrem Vertragspartner trennen kann. Da das Verhalten des Klägers die Vertrauensgrundlage nachhaltig beeinträchtigt hat, konnte die Beklagte auch nach langjähriger beanstandungsfreier Tätigkeit das Vertragsverhältnis durch eine außerordentliche Kündigung beenden (vgl. OLG München, Urteil vom 01. Juli 2003 – 23 U 1637/03 –, juris Rn 51 zur eigenhändigen Unterzeichnung des Versicherungsantrages). Ob der Beklagten durch die Pflichtwidrigkeit des Klägers ein Schaden entstanden ist, ist für die Entscheidung nicht erheblich. Maßgeblich ist die schwerwiegende Pflichtwidrigkeit und der Vertrauensbruch (Riemer in Küstner/Thume, a.a.O. Kap. VIII Rn 429, 441 jeweils m.w.N.; OLG München, Urteil vom 01. Juli 2003 – 23 U 1637/03 –, juris Rn 51). Daher führt auch die Argumentation des Klägers, die Beklagte habe keinen Schaden erlitten, weil sie eine sogenannte „AP-Reserve“ unterhalten habe, nicht zum Erfolg. Im Übrigen dient die „AP“-Reserve“ nach ihrem Sinn und Zweck nicht dazu, durch eklatant pflichtwidrig eingereichte Versicherungsanträge erlangte Provisionen abzudecken.

Eine Abmahnung war nicht erforderlich. Eine Abmahnung vor Ausspruch der Kündigung ist dann sinnlos und daher nicht erforderlich, wenn das Fehlverhalten eines Vertragspartners die Vertrauensgrundlage in so schwerwiegender Weise erschüttert hat, dass sie auch durch eine erfolgreiche Abmahnung nicht wiederhergestellt werden könnte (BGH, Urteil vom 17.01.2001 – VII ZR 186/99, Rz. 22). So verhält es sich hier. Es widerspricht eklatant der dem Handelsvertreter gemäß §§ 84 Abs. 1 Satz 1, 86 Abs. 1 HGB obliegenden Verpflichtung, dem Unternehmer möglichst rechtswirksame Verträge zu vermitteln, wenn der Handelsvertreter wissentlich einen Vertrag mit gefälschter Unterschrift vorlegt.

3. 86

Unabhängig davon, dass der geltend gemachte Ausgleichsanspruch bereits aus den unter Punkt 1. und 2. genannten Gründen dem Grunde nach zu verneinen ist, hat das Landgericht mit zutreffender Begründung einen über den von ihm zugesprochenen Betrag hinausgehenden Anspruch auch der Höhe nach verneint.

a) 88

Dem Kläger steht – unterstellt er ist ein hauptberuflich tätiger Versicherungsvertreter und nicht wirksam außerordentlich gekündigt - als Versicherungsvertreter aus § 89b Abs.1 und 5 HGB grundsätzlich ein Ausgleich in der im landgerichtlichen Urteil bezeichneten Höhe für noch nicht ausgezahlte Provisionen aus von ihm vermittelten Verträgen zu, soweit diese 89

infolge der Vertragsbeendigung entfallen, sowie aus gleichgestellten Verträgen, die zwar erst später zustande gekommen sind, aber sich wirtschaftlich als Erweiterung oder Fortsetzung eines von ihm vermittelten Vertrages darstellen, Superprovisionen einschließend (BGH, Urteil vom 23. November 2011 – VIII ZR 203/10 –, juris Rz.30). Ausgleichsrechtlich irrelevant sind hingegen die Verwaltungsprovisionen, die unter anderem für Tätigkeiten wie die Bestandspflege und die Kundenbetreuung gezahlt werden (vgl. BGH, Urteil vom 22. Dezember 2003 - VIII ZR 117/03, WM 2004, 1483 unter II 2 b und BGH, Urteil vom 23. November 2011 – VIII ZR 203/10 –, juris Rz.30). Das Landgericht hat zur Errechnung der Höhe des dem Kläger zustehenden Ausgleichsanspruchs zu Recht die „Grundsätze Sach“, Grundsätze zur Errechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs (§ 89 b HGB), Grundsätze zur Errechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs (§ 89b HGB) für dynamische Lebensversicherungen - "Grundsätze Leben"; Grundsätze zur Errechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs (§ 89b HGB) in der privaten Krankenversicherung - "Grundsätze Kranken"; Grundsätze zur Errechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs (§ 89b HGB) im Bausparbereich - "Grundsätze Bauspar", als Schätzgrundlage angenommen. Zwar ist die Rechtsnatur der „Grundsätze“ bislang nicht abschließend geklärt, jedoch können die „Grundsätze“ angesichts ihrer Entstehungsgeschichte jedenfalls als Schätzgrundlage herangezogen werden (vgl. BGH, Urteil vom 23.11.2011 – VIII ZR 203/10 – juris Rn 34 ff.; BGH, Urteil vom 08.05.2014 – VII ZR 282/12 – juris Rn.19; Thume in Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Vertriebsrechts, 5. Auflage Bd. 1, Kap.IX C Rdnr. 93). Im Übrigen haben die Parteien die Anwendung dieser „Grundsätze“ zwar bei Abschluss ihrer Agenturverträge nicht vertraglich vereinbart, jedoch haben beide Parteien sie bei ihrer Berechnung als anzuwenden zugrunde gelegt. Der Kläger hat seine ursprüngliche, vorgerichtlich verwandte Berechnung nach der Berechnungsmethode der IHK Schwaben nicht weiter aufrechterhalten.

Die Beklagte hat unter Anwendung der „Grundsätze“ und Verwendung konkreter Zahlen rechnerisch grundsätzlich einen Ausgleichsanspruch in Höhe von 36.946,74 EUR errechnet. Der Berechnungsweg wird vom Kläger nicht erheblich angegriffen. Das Landgericht hat zu Recht ausgeführt, dass der Kläger einen über die Berechnung der Beklagten hinausgehenden Anspruch nicht hinreichend konkret vorgetragen hat. Auch die Berechnung des Klägers in seinem Schriftsatz vom 03.08.2015, die er in seiner Berufungsbegründung nochmals wiederholt, orientiert sich vom Aufbau ebenfalls an den „Grundsätzen“. Im Gegensatz zur Berechnung der Beklagten lassen sich seiner Berechnung jedoch nicht die Prämissen entnehmen, wie sie bei Anwendung der „Grundsätze“ vorausgesetzt werden. Darauf ist der Kläger mit Beschluss vom 23.06.2015 auch hingewiesen worden. So rechnet der Kläger mit einer durchschnittlichen Betreuungs- und Verwaltungsprovision, der Bestandsprovision der letzten fünf Jahre. Nach den „Grundsätzen“ sind bei dieser Berechnung jedoch die Abschlussprovisionen (=erstjährige Provisionen abzüglich Inkassoprovisionen), Provisionen für Versicherungsverträge mit unterjähriger Laufzeit sowie für einjährige Versicherungsverträge ohne Verlängerungsklausel etc. nicht miteinzubeziehen, sondern herauszurechnen (vgl. „Grundsätze Sach“ Punkt I. 1 b). Hinzu kommt, dass die Kraftfahrt- und/oder die Transportversicherung andere Rechenwege vorsieht. Hier sind nach den „Grundsätzen Sach“ lediglich 25 % in Ansatz zu bringen (vgl. „Grundsätze Sach“ Punkt I. Nr. 3) während der Kläger durchgehend 50 % ansetzt. Der Kläger nimmt hier keine Differenzierung vor und trägt auch trotz Hinweises zu den Grundlagen seiner Berechnung, welche Faktoren von ihm berücksichtigt wurden, nicht vor.

90

Ebenso verfährt der Kläger bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs bei der Krankenversicherung. Nach den "Grundsätzen Kranken" berechnet sich der Ausgleichsanspruch für die Sparte aus der Gesamtjahresproduktion in Monatsbeiträgen.

91

Berechnungsgrundlage sind wiederum nur die Beiträge aus Neugeschäft und Änderungserhöhungen (vgl. „Grundsätze-Kranken“ Punkt I). Auch hierzu gibt der Kläger keine Auskunft, welche Parameter er seiner Berechnung zugrunde gelegt hat. Die Beklagte selbst ist entsprechend dieser Vorgaben bei ihrer Berechnung von der tatsächlich anzusetzenden BVP (Betreuungs- und Verwaltungsprovision ausgegangen, wie sie in ihrem Statistiksystem IS790 erhoben wird.

Der Kläger ist für die von ihm verwandten Tatsachengrundlagen für seine Berechnung darlegungs- und beweispflichtig (BGH, Urteil vom 19. November 1970 – VII ZR 47/69 – juris, BGHZ 55, 45-59; OLG München, Urteil vom 21. Dezember 2005 – 7 U 2941/05 –, juris Rn 42). Er muss, wenn er nach den „Grundsätzen“ abrechnen will, auch deren Vorgaben anwenden und beachten. Abweichungen hiervon sind nicht möglich, da sie eine pauschalierte Regelung darstellen, die von den Spitzenverbänden der Versicherungswirtschaft und den Versicherungskaufleuten gemeinsam als insgesamt ausgewogene Regelung entwickelt wurden. Die Einzelbestimmungen stehen in so engem Zusammenhang, dass die Höhe des Ausgleichsanspruchs nur unter Abwägung sämtlicher in Betracht kommender Einzelbestimmungen errechnet werden darf (vgl. OLG München, Urteil vom 21. Dezember 2005 – 7 U 2941/05 –, juris Rn 39; Küstner/Thume Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Band 2, 7. Auflage, Rdnr. 1850). Ohne die Angabe dieser den Grundsätzen zugrunde liegenden Berechnungsgrundlagen ist die Berechnung des Klägers nicht nachvollziehbar und kann auch nicht durch einen Sachverständigen überprüft werden. Die Grundlagen für eine Schätzung nach § 287 ZPO liegen ohne Überprüfbarkeit der Berechnung mangels Kenntnis ihrer Grundlagen nicht vor. Die Grundlagen für eine Ausgleichsberechnung nach den Maßstäben des § 89 b HGB (vgl. zu den Darlegungsvoraussetzungen Thume in Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl. 2014, § 898 b HGB Rn 173 ff.) hat der Kläger ohnehin nicht vorgetragen.

92

b)

93

Zu Recht hat das Landgericht im Rahmen der Billigkeitsprüfung gemäß § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB die dem Kläger seitens der Beklagten zugesagte und unstreitig gezahlte Altersversorgung auf den Ausgleichsanspruch in Höhe der gezahlten 36.273,93 EUR angerechnet. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass eine vom Versicherungsunternehmen finanzierte Altersversorgung auf den Ausgleichsanspruch angerechnet werden kann, wenn und soweit die ungekürzte Zuerkennung des Ausgleichsanspruchs unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls unbillig wäre; dies ist wegen der "funktionellen Verwandtschaft zwischen Ausgleichsanspruch und Altersversorgung" dann bejaht worden, wenn die Altersversorgung dem Handelsvertreter gewährt wird, der wegen Erreichung der Altersgrenze aus seiner Tätigkeit ausscheidet (BGH, Urteil vom 18. Februar 1982 - I ZR 20/80, WM 1982, 632 = NJW 1982, 1814 unter A I 2 c; BGH, Urteil vom 20. November 2002 – VIII ZR 211/01 –, juris Rn 24; BGH, Urteil vom 14.06.2006 – VIII ZR 261/04 –; OLG München, Urteil vom 05.08.2009 – 7 U 2055/09 – juris; Thume in Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Vertriebsrechts, 5. Auflage Bd. 1, Kap.IX C Rdnr.60; Löwisch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB 3. Aufl., § 89b HGB Rn 135). Eine unbillige Doppelbelastung des Unternehmers durch die Pflicht zur Leistung sowohl der vollständigen Ausgleichszahlung als auch der von ihm allein aufgetragenen Altersversorgung sollt dadurch vermeiden werden (BGH, Urteil vom 18.02.1982 - I ZR 20/80 – NJW 1982, 1814, beck-online; s. auch BGH, Urteil vom 08. Mai 2014 – VII ZR 282/12 –, juris; OLG München, Urteil vom 05.08.2009 – 7 U 2055/09 – juris; Löwisch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB 3. Aufl., § 89b HGB Rn 135; Baumbach/Hopt/Hopt, 37. Aufl. 2016, HGB § 89b Rn. 39).

94

Die Voraussetzungen für eine solche Anrechnung liegen hier vor. Die Beklagte hat die Finanzierung der Renten des Klägers aus eigenen Mitteln vorgenommen. Der Kläger hat insoweit nicht dargelegt, dass ihm für die Finanzierung der Rentenanwartschaften Provisionsansprüche gekürzt wurden. Die Finanzierung der Altersvorsorge war eine soziale Leistung der Beklagten, zu der sie nicht verpflichtet gewesen ist. Der Kläger war sowohl als selbständiger Versicherungsvertreter als auch als Versicherungsvertreter im Nebenamt gehalten, selbst für seine Altersvorsorge zu sorgen. Eine Aufdrängung der Alterssicherung, die den Kläger nunmehr hindert, seinen Ausgleichsanspruch in voller Höhe geltend zu machen und einer Verwendung seiner Wahl zuzuführen, ist hier nicht zu erkennen, da es dem Kläger freigestanden hat, an dem Programm der Alterssicherung der Beklagten teilzunehmen. Die Rüge des Klägers, eine Kürzung des Ausgleichsanspruchs mit Rücksicht auf die künftige Altersversorgung komme bereits deshalb nicht in Betracht, weil der Kläger bereits in 2004 das 65. Lebensjahr erreicht hatte und der Ausgleichsanspruch erst nunmehr geltend gemacht wird, greift ebenso wenig durch wie das Argument, die Alterssicherung sei nicht während der gesamten Vertragslaufzeit gezahlt worden. Die Beklagte weist zu Recht darauf hin, dass der funktionelle Zusammenhang unabhängig davon gegeben ist, ob ein Vermittler bei Vollendung des 65. Lebensjahres und darüber hinaus noch „aktiv“ war oder nicht. Es oblag darüber hinaus seiner eigenen Entscheidung, weiter zu arbeiten. Diskutiert wird in Rechtsprechung und Literatur lediglich der umgekehrte Fall. Schließlich bezieht der Kläger die Rente aus seiner Hauptberufsaltersversorgung bereits seit Vollendung des 65. Lebensjahres ebenso wie deren Kapitalwert. Die Anwartschaft für die Witwenrente hat er sich ebenfalls kapitalisiert in 2004 auszahlen lassen. Die Beklagte würde doppelt belastet, wenn sie sowohl einen Ausgleich als auch eine Altersversorgung zahlen müsste.	95
Entgegen der Ausführungen des Klägers in der Berufungsbegründung ist die Beklagte mit der Anrechnung der Leistungen für die Altersvorsorge auch nicht wegen Verjährung ausgeschlossen. Es handelt sich bei der Anrechnung der Leistungen für die Altersvorsorge nicht um eine Aufrechnung mit einer Gegenleistung sondern eine im Rahmen der Billigkeitsprüfung zu beachtende Zahlung bei gebotener Betrachtung der Gesamtumstände.	96
II.	97
Ein Anspruch des Klägers auf Zahlung von Schadensersatz gemäß §§ 280, 281 BGB besteht nicht.	98
Aus den unter Punkt I.2. genannten Gründen ist der Beklagten keine Pflichtverletzung gegenüber dem Kläger aus dem Versicherungsverhältniss vorzuwerfen. Die Beklagte hat das Vertragsverhältnis zu Recht wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes gekündigt.	99
Der Anspruch ist auch der Höhe nach nicht gegeben. Das Landgericht hat zu Recht darauf abgestellt, dass der Kläger zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung mit einer Agentur im Nebenamt betraut war, so dass die Kündigungsfrist des § 92 b Abs. 1 HGB von einem Monat Anwendung findet. Entgegen der Meinung des Beklagten ist, unterstellt es hat überhaupt ein Hauptvertragsverhältnis bestanden, was nach Ansicht des Senats aus den oben genannten Gründen zu verneinen ist, das Vertragsverhältnis im Hauptamt am 21.02.2012 durch die Umstellung auf eine nebenberufliche Agentur beendet worden. Eine Umgehung der Mindestkündigungszeit findet insoweit nicht statt, da nicht festzustellen ist, dass die Umstellung im Hinblick auf eine Kündigung vorgenommen worden ist.	100
Schließlich hat der Kläger die Höhe des Schadens nicht nachvollziehbar berechnet, da er, wie auch beim Ausgleichsanspruch, nicht einfach die Bruttowerte für seine Berechnung heranziehen kann. Auch die eingerechneten Wettbewerbspreise können für die	101

Schadensberechnung nicht herangezogen werden.

III.	102
Ein Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten besteht mangels Hauptforderung nicht.	103
B.	104
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. Die Entscheidungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgen aus §§ 708 Nr. 10 S. 1 und 2, 711 ZPO.	105
Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt 80.000 €.	106
Ein Grund zur Zulassung der Revision besteht nicht. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern keine Entscheidung des Revisionsgerichts.	107